

# 契約解除論

三 木 正 雄

## 目 次

は し が き

第一章 解除の意義

第二章 解除の効果

第三章 解除の効果と損害賠償

## は し が き

契約の解除に關しては研究を要する事項が少くない。本稿はそれらの事項のうち、解除の效力に關するものを中心に若干の問題を抽き出して、之に考察を加へたものである。尙從來既に學者の論及せる點に關しては、努めて重複を避けて單に參照すべき論著を指示するに止める。

## 第一章 解除の意義

解除とは契約當事者の一方が、意思表示の瑕疵に基くにあらず、法律の規定又は契約に依つて與へられた權利(解除權)の行使に因つて、債權契約の效力を遡及的に消滅せしめる單獨行為である。

第一 解除は意思表示の瑕疵に基くものではない。

此の點に於て解除は無能力詐欺強迫等意思表示の缺點に基く取消と異なる。本來解除と取消とは何れも契約(註1)の效力を遡及的に消滅せしめる單獨行為なる點に於て、其の本質を同じうするものであるが、一は法律の規定又は契約に依つて與へられた解除權に基くに反し、他は意思表示の缺點に依る取消權に基く結果各々其の法律的取扱を異にする必要を生じ、從つて之を別個に論ずべきものとなるのである(註2)(註3)。

(註1) 取消は契約に付いてのみならず、單獨行為に付ても存する。

(註2) 解除は原狀回復義務を生ぜしめるに反し(五四五條)、取消に因つて各當事者の負擔する義務が、不當利得返還義務に過ぎざるや、それとも原狀回復義務なりやは、解除の場合と異り明文を缺くから疑問の餘地がある。或は一、二條但書の趣旨より推して原狀回復義務と解する説もあるが(近藤氏註釋日本民法總則編四六五頁、大審判大正三年四月一日・刑錄二〇輯五二五頁「詐欺ニ基ク賣買ノ意思表示ニシテ取消サレタル以上ハ賣買

契約ノ效力ハ全部消滅シ該契約ハ初ヨリ存在セザリシト同一ノ結果ヲ生スルモノナルカ故ニ契約ニ因リ一旦發生シタル法律狀態ハ消滅シ茲ニ當事者相互間ニ於テ相手方ヲ原狀ニ回復スヘキ權利義務ヲ生スルモノナリ然ラハ取消サレタル買行爲ニ因リ利益ヲ受ケタル者ハ各自其受ケタル一切ノ利益ヲ返還スヘキモノニシテ……；、同條但書は唯無能力者の返還義務を善意の不當利得者の返還義務の範圍に限縮するに止まり、其の趣旨より推すときは、寧ろ一般の場合には取消權の存否に付いての善意・惡意によつて區別して、夫々不當利得の返還を認めるものと解すべきであつて、原狀回復義務と解する説は法律上の根據を缺くものと謂はねばならぬ。又特にこの場合のみ一般の不當利得の場合と區別して取扱ふべき實質上の理由ありや否やも頗る疑はしい。上述の如く取消の效果をして不當利得返還義務を生ずるものと解するときは、此の點に於ても解除の結果原狀回復義務を生ずると異なる。又解除の場合には五四五條一項但書の規定あるに依つて、第三者の權利を害することを得ないに反して、取消の場合には斯かる制限は存しない（尤も此の結果は債權契約の履行の爲めに爲された處分行爲に就き、有因説を採るに基くのであつて、無因説を採るときは、債權契約に就ては解除と取消との何れの場合に於ても、第三者の權利を害することは事實上不可能である。）斯くの如く解除と取消とが、契約の效力を適及的に消滅せしめるといふ本質的效果に於て一致するに拘はらず、その他の効果を異にするのは、要するに一が解除權に基くに反して他は意思表示の缺點に依る取消權に基くに依つて、兩者の法律的取扱を異にする必要が存するからである。

（註3）

尙論者或は、取消の原因は契約成立當時に存在するも解除の原因は契約成立以後に發生するとか、或は契約の取消は解除の如く有効に成立した契約に付て行はれるものに非ずして、無能力若くは意思表示の瑕疵の爲め非有効なる契約に付て行はれると爲すも、解除の原因も約定解除の場合には契約成立當時既に存在することがあり、又取消權の附着せる契約も取消のあるまでは有効な契約であり、唯取消によつて適及的に效力を失はしめ

られる可能性を有するに過ぎないのであつて、この點に於て解除權の附着せる契約と全く同じである。故にこれ等の點は取消と解除との區別の標準にはなり得ない。

## 第二 解除は單獨行爲である。

我民法に於ては、解除の効果は法律上當然に生ずることなく、常に解除權者の意思表示を要する。しかも解除權者の一方的意思表示のみを以て足り、相手方の同意を必要としない。故に所謂反對契約又は解除契約は、之に依つて既存の契約の效力を遡及的に消滅せしめることあるも、民法謂ふ所の解除ではない。

## 第三 解除は契約の效力を遡及的に消滅せしめる。

或は解除は契約の有効なる法律要件としての價值を遡及的に消滅せしめると言つても同じことである。故に契約の效力を將來に向つてのみ消滅せしめる所謂告知は、我民法上時に解除と稱せられるも、本來の解除と全然その性質を異にする。

次に契約の效力は解除に依つて、契約成立の當初に遡つて、全般的に消滅するのであるが、唯債務不履行に基く法定解除の場合には、後に述べるやうに解除後も債務不履行に基く損害賠償請求權は依然として存續するものと解しなければならぬから、其の範圍に於ける契約の效力は契約の他の一切の效力が遡及的に消滅するにも拘らず、尙消滅しないと謂ふ

べきである（第三の一参照）。

又約定解除の場合には、當事者は任意に解除の效力を定め得るのであるから、必らずしも契約の效力の全部を遡及的に消滅せしめる必要なく、特約に依つて效力の一部を留保することを妨げない。

尙債務の一部不履行の場合には原則として一部の解除権のみが成立するに過ぎないから、此の場合に於ても契約の他の部分は解除後も依然として效力を失はない。

#### 第四 解除は債權契約のみに關する。

一、解除の對象たるべき契約の種類に付いては、別に直接の明文はないが、民法に所謂解除は債權契約に限られてゐると觀なければならぬ。蓋し五四〇條以下に規定せられる所は、規定の形式より謂へば、民法第三編第二章に所謂契約は債權契約のみを指稱するが故に、契約の解除も亦債權契約の解除を意味するものと解すべく、又規定の内容から見ても債權契約に關すること疑なく、更に各種の典型契約に付ての特別規定も亦債權契約のみに關すること明らかである（註1）。

斯くの如く民法謂ふ所の解除は債權契約に限られてゐるのであるが、債權契約以外の契約殊に物權契約及び準物權契約に付ても、解除といふことがあり得るか否かは從來問題と

せられてゐる。尤も物權契約の解除に付ては、法律上何等の規定もないのであるから、法定解除權が存在する餘地はなく、唯約定解除權の留保のみが問題となるに止まる。而して實際問題としては物權契約や準物權契約其の他の處分行爲に就き、有因説を採る時は勿論無因説に據る場合に於ても、これらの契約に付いて解除權の留保を認める實益は殆んど存在しないのであるが、理論上は別段之を否認すべき理由はない（此の點に關する詳細は末川博、士契約總論二〇五頁以下參照）。故に通説判例共に處分行爲の解除を認めてゐる（註二）。

（註一） こゝに問題となるのは、特定物に關する賣買・贈與その他の法律行爲によつて、直ちに目的物に付ての權利を相手方に移轉又は設定せんとする場合である（現實賣買・現實贈與等も之に屬する）。斯かる法律行爲は我民法上に於ても之を認め得るものと信ずるのであるが、その本質に就ては之を尙債權契約に屬すと爲すもの、原因と結合せる物權契約と爲すもの、債權的並に物權的效果を欲する一ケの意思表示より成る法律行爲と爲すもの、二ケの法律行爲と爲すもの等學者間に議論が岐れてゐる（末弘博士物權法上卷六三頁以下、柚木氏判例物權法總論五一頁以下等參照）。予は之を以て原因と結合せる物權契約と解するも、之等の法律行爲に付ては夫々賣買・贈與その他當該債權契約に關する規定が類推適用せられると共に、解除に關する五四〇條以下の規定も亦この場合に類推適用せらるべきものと信ずる。

大審院は此の點に關してフランス民法の考へ方に従ひ、特定物に關する債權契約は反對の事情のない限り、之によつて直ちに物權變動までも發生せしめるものとしてゐる。その代表的なものを擧げると、大正二年一月二五日・民錄一九輯八五七頁は特定物の賣買に付て、「特定物ヲ目的トスル賣買ハ特ニ將來其物ノ所有權ヲ

移轉スヘキ約示ニ出テサル限りハ即時ニ其物ノ所有權ヲ移轉スル意思表示ニ外ナラサルヲ以テ民法第百七十六條ノ規定ニ依リ直ニ所有權移轉ノ效力ヲ生スヘキモノトス」と謂つてゐる（その不當なことに付ては末川博士契約總論二三九頁以下參照）。

斯かる契約の解除に付き、大正六年一月二七日・民錄二三輯二二六二頁、大正八年五月一三日・民錄二五輯七七〇頁、大正一〇年五月一七日・民錄二七輯九二九頁、昭和二年一月一八日・新聞二六六四號一五頁（特定物賣買）、大正六年六月一六日・民錄二三輯一一四七頁（特定物交換）、特定物贈與に關する大正八年四月七日・民錄二五輯五五八頁は實は解除條件成就せる場合である。

（註２） 債權讓渡契約に付き明治四五年一月二五日、民錄一八輯二五頁、昭和三年二月一九日、民集七卷一一一九頁。債權拋棄契約に付き昭和四年三月二六日・新聞二九七六號一一頁。

二、それでは物權契約及び準物權契約解除の結果如何といふに、

#### 1、物權契約の解除

物權契約が解除せられたときは、契約の効力は遡及的に消滅し、從つて契約に依つて移轉若くは設定せられた物權は、初めから移轉若くは設定せられなかつたものとなる。而して此の結果は目的物が動産なると不動産なると、又不動産なる場合に於ても解除權の留保が登記せられてゐたと否とを問はないで發生する。然るに契約に因つて物權の移轉又は設定を受けた者が更に第二の物權契約に依つて、第三者に物權を移轉し若くは設定した場合に於ても此の結果を認めるときは、第一の契約が遡及的に効力を失ふことによつて、第二の

契約は無權利者の爲した處分行爲たりしことゝなつて、當然その效力を失はねばならない理窟である。併し斯くの如きは全然第三者の利益を無視するものであつて到底之を認めることを得ない。然らば此の場合に第一の契約の解除は如何なる效力を生ずるものであらうか。

(i) 目的物が不動産なる場合

此の場合に於ては第一の契約に關する登記と共に、解除權の留保をも登記せるときは、(不動産登記法三  
八條參照)第一の契約が解除せられるに依つて、第二の契約は無權利者の爲した處分行爲たりしことゝなり、之亦その效力を失ふに至るものと解すべく、反之、解除權留保の登記なきときは、民法一七七條に因つて、解除は當事者間に於てはその效力を生ずるも、之を以て第二の契約に於ける讓受人その他の第三者に對抗することを得ない。

(ii) 目的物が動産なる場合

此の場合に於ては動産に關する物權變動の第三者に對する對抗要件たる引渡は、不動産に於ける登記と異り、解除權の留保ある旨を公示するに適せず、しかもこれ以外に何等之が公示方法を認められないから、不動産に於けると同一の理論に従ふことを得ない。それでは動産に關する物權契約に於ては、解除權の留保は結局之を認めることを得ないかと謂ふ



に、必らずしも斯くの如く解すべき積極的根據は存在しない。元來法律が引渡を以て動産に關する物權變動の第三者に對する對抗要件と爲すのは、決して動産に關しては引渡を以て公示し得るが如き簡單なる物權變動のみを認め、これ以外の複雑なる法律關係は一切之が發生を禁ずるといふやうな意味を有するものではないのであつて、引渡を以て公示し得ざる法律關係も、不當に第三者の權利を害しない限りは公序良俗に反しないから、有効に發生し得るものと解すべきである。故に動産に關する物權契約に於ける解除權の留保は、何等の公示方法を要せずして、第三者に對抗し得るものと解すべく、而して第三者の保護は専ら一九二條の即時取得の法理に委ねるのが結果より考ふるも最も妥當である。唯斯くの如く解するときには、不動産の場合には解除權の留保を登記しないと、きは、惡意の第三者にも之を對抗することを得ず、登記するに依つて初めて第三者に對抗し得たに反し、動産の場合には何等の公示方法を要せずして、凡べての第三者に對して效力を及ぼすことを得、唯即時取得の要件を充たせる第三者を唯一の例外と爲すのであつて、兩者の間に著しい懸隔を生ずるが、これ登記と引渡との公示力の差異に由來するものであつて止むを得ない所である。

尙船舶航空機等の如く物權變動の對抗要件として、登記登録の方法を認められる動産は、（商法五四一條・航空法七條等參照）此の點に關しても一般動産の例に依らないで、不動産に於けると同一の理

論に従ふべきものである。(船舶・航空機の如きは寧ろ之を動産にあらずして不動産たるものと解す。べきに非ざるやに就ては、本誌第一五年第二冊拙稿「不動産と動産」參照。)

次に上述の如く解除に依つて物權契約の効力が遡及的に消滅した場合に於て、各當事者に就き如何なる義務が生ずべきかに關しては固より民法には何の規定もない。故に或は此の場合に於ても一般の原則に従つて、不當利得返還の義務を發生するものとも考へられないではないが、予は物權契約に付き解除權を留保せる當事者の意思是、債權契約に於けると同じく、解除に依つて單に契約の效力を遡及的に消滅せしめるに止まらず、廣く一切の關係に於て契約を締結しなかつたと同一の狀態に復らんとするにあると考へるが故に、此の義務も亦五四五條一項の類推適用に依つて、之を原狀回復義務と解せんと欲するのである。(註1。)

其の外五四〇條以下の規定は五四一條五四二條五四三條等を除いて他の大部分の規定は物權契約の解除にもその類推適用あるものと解すべきである。尙此の點は他の處分行為の解除に付ても同様である。

(註1。) 物權契約の解除に基く原狀回復義務の内容は、大體之を二つの場合に分つて觀なければならぬ。即ち目的物に就き未だ第二の物權契約之なき場合、不動産に關する物權契約に付き解除權の留保が登記せられてゐる場合及び物權契約の目的たる動産に付き移轉者が即時取得の要件を充たさない場合に於ては、目的物の現存する限り解除に依つて之に關する物權は舊讓渡人に復歸するから、相手方は原狀回復義務としてその占有を移轉し、

其他舊讓渡人をして契約なかりしと同一の状態に復せしめる爲めに必要な一切の行爲を爲さなければならない（舊讓渡人の側でも舊讓受人をして原狀に回復せしめるに必要な行爲を爲さなければならないのは勿論である）。反之、解除權留保の登記なきに目的不動産に付き第二の物權契約完成せる場合、轉得者が即時取得を爲せる場合及び目的物が滅失した場合に於ては、解除あるも物權は原權利者に復歸しないから、相手方は物權の價格の返還其他舊讓渡人をして契約なかりし原狀に回復せしめる爲めに必要な行爲を爲さなければならないことになる。

## □、準物權契約

準物權契約に付ても亦物權契約に於けると同じく、解除權の留保を否認すべき何等の理由もないから、私法的自治の原則に基いて、有効に解除權を留保し得るものと解すべきである。唯準物權契約に付いて爲した解除權留保の效力に關して一言する必要がある。先づ之を無體財産權に關する契約と債權讓渡契約とに分つて考察するに、

### （i）無體財産權を目的とする契約

無體財産權のうち特許權、實用新案權、意匠權、商標權、商號權の如く登記若くは登録に依つて發生するものは勿論（註1）、著作權の如く其の發生に付き登記若くは登録を要せざるもの（註2）に於ても、これらの權利の變動は、その登録（若くは登記）を爲すに非ざれば、之を以て第三者に對抗し得ないものであり（註3）。此の點に於ては不動産物權と全然同一の法律的取扱に服するのであるから、無體財産權を目的とする準物權契約に於ける解除權の留保に關

しても、不動産に關する物權契約に就き上述せる所に做つて、解除權の留保ある旨を登録せる場合には、當事者間に於ては固より第三者に對しても、完全に效力を發生するが、その登録なき場合には、唯當事者間に於てのみ效力を生じ、之を以て第三者に對抗することを得ないものと解すべきである。

(註1) 特許法三四條・實用新案法六條・意匠法八條・商標法七條・商法二〇條。

尙商號權に就ては、商號の登記前に於ても排他力を有せざる商號權は既に成立し、唯登記に依つて之が排他的專用權たる商號權と化するのである。

(註2) 著作權法一條。

(註3) 特許法四五條及び之を準用せる實用新案法二六條・意匠法二五條・商標法二四條・商法二一條・著作權法一五條。

## (ii) 債權讓渡契約

債權讓渡契約に付て爲された解除權の留保が當事者間に於て有效なことに關しては別に問題はない。唯その第三者に對する效力に關して、或は前述不動産に關する物權契約の場合に物權變動の登記と共に解除權の留保を登記するに非れば、第三者に對抗することを得なかつたのと同じ理論に基いて、此の場合に於ても四六七條の擴張解釋に依つて、債權讓渡の對抗要件たる通知又は承諾に於て、その讓渡契約に就き解除權の留保ある旨も亦明らかにせられてゐなければ、之を以て債務者その他の第三者に對抗し得ないものと解すべき

か、それとも前述動産に關する物權契約に於けると同じく、解除權留保の意思表示のみを以て直ちに債務者その他の第三者に對抗し得るものと爲し、第三者の保護に就ては別個の手段を以てすべきかが問題となる。元來債務者に對する通知又は承諾を以て、債務者のみならず一般第三者に對する債權讓渡の公示方法と爲したのは、第三者が債務に付て利害關係を作らんとするに當つては、先づ債務者に付て何人が債權者なるかを問合はすであらうといふ事情に基いたのであつて、到底不完全な公示方法なるを免れない。従つて登記と異り、解除權の留保ある讓渡の如き複雑なる物權變動を公示するに適しない點に於ては、宛も動産に關する物權變動の公示方法たる引渡と多く選ぶ所はないのであつて、斯かる不完全な公示方法には、成る可く多くの効果を付せないのが望ましい。斯様に考へるときは、債權讓渡契約に於ける解除權の留保は、寧ろ動産に關する物權契約に於けると同じく、意思表示のみを以て當事者間に於ては勿論、債務者その他の第三者に對する關係に於ても、完全に效力を發生するものと解し（註<sup>1</sup>）、これらの第三者の救済に關しては、債務者が讓受人に辨済した後契約が解除せられた場合には四七八條等に（註<sup>2</sup>）、又債務者以外の第三者に就ては二〇五條・一九二條に依るのが實際上の結果も最も妥當である。

尙債權が解除に依つて舊讓渡人に復歸せる場合に、之を以て債務者その他の第三者に對

抗する爲めには、債權譲渡の場合と同様の公示方法を講ずることを要すべきか。特に明文はないが此の場合に於ても、債權者の轉換を生ずる點に於て毫も債權譲渡の場合と異なる所はないから、四六七條等の類推適用に依つて之を要するものと解すべきである(註3)。而して指名債權譲渡契約の解除せられた場合に於ける通知は何人が之を爲すべきかに關して、或は舊讓受人之を爲すべしと云ひ、或は舊讓渡人之を爲すべしと云ふも、對抗要件の性質より考ふるときは前説を以て正當と信する(註4)。

(註1) 同說末弘博士債權各論二三一頁。

(註2) 債務者が解除權の留保せられてゐるのを知らないで讓受人に辨済した後に契約が解除せられた場合には、四七八條等に依つて斯かる債務者を保護すべきは當然である。然るに債務者が解除權の留保せられてゐることを知り乍ら讓受人に辨済した後に、契約が解除せられた場合に於ても、尙これらの債務者を四七八條に依つて救済すべきか、それとも斯かる惡意の債務者は此の保護を受けることを得ないで、後に契約が解除せられ債權が讓渡人に復歸した場合には、更に改めて讓渡人に對して辨済を爲すべきものと解すべきか。多少の疑問はあるが後説に依るときは、債務者をして二重辨済の危険を免れしめる爲めには、解除權の留保ある場合には、債務者は債務の履行期到來するも、解除の有無が確定するまで讓受人の請求を一時拒絶し得る抗辯權を與へられると解するか、或は四九四條末段の規定に依つて供託を爲し得るものと解せねばならないが、一は法律上の根據を缺き、他は結果不當なるが故に(供託物の受領權者に付き難點を有す)、寧ろ前説に従つて此の場合に於ても善意の債務者の場合と同じく、四七八條等に依つて救済を受けるものと解するのが、實際上の結果も妥當である。

尙解除權の留保ある契約に因る債權讓受人を以て債權の準占有者と解する點に付ては、或は異論を見るやも知れないが、元來債權の準占有者とは眞正の債權者に非ずしてしかも債權者たるの外觀を呈する者の謂ひであり、此の場合の讓受人は一應は眞正の債權者であるが、解除に依つて實は債權者に非ざりし者となるのであるから、毫も之を準占有者中に包含して妨げない。

末弘博士前掲は廣く第三者の保護に付き、二〇五條・一九二條の適用を説かれるに止まり、第三者のうち特に債務者のみに付ての救済方法には觸れられない。

(註<sub>3</sub>)

同說鳩山博士、日本債權法各論(上卷)二〇三頁、末川博士二〇六頁、末弘博士二三〇頁註二二、大審明治四五年一月二五日・民錄一八輯二五頁、大正二年三月八日・民錄一九輯一二〇頁。

反對、石坂博士民法研究二卷四〇九頁。

(註<sub>4</sub>)

同說、鳩山博士前掲、大審明治四五年一月二五日・民錄一八輯二五頁、昭和三年一月一九日・民集七卷一一二頁。

反對、末弘博士前掲。併し乍ら四六七條の類推適用に際して、同條の讓渡人に該當する者は、解除の場合には舊讓受人であり、又解除に因つて債權を回復する舊讓渡人の通知は、債務者その他の第三者に於て之に信頼し得ないから公示方法として無價值である。

## 第二章 解除の效果

解除の效果は之を二つの部分に分つて觀察することを得る。

## 第一 解除の法律行爲的效果

解除はまづ契約の效果として發生した債權債務を遡及的に全滅せしめる效力を有する。此の效力は解除に依つて必らず發生する效力であり、之を解除の遡及效と云ひ、此の效果を認める説を直接效果説（效力消滅説）と名付ける。解除の法律行爲的效果に就ては、民法に直接の明文なき故議論分れ、直接效果説以外に尙間接效果説（抗辯説）及び折衷説（内容變更説）の二説あるも、我民法の解釋としては直接效果説を以て正當とする。此の點に關する詳論は石坂氏日本民法下卷二二五四頁以下等に譲つて今は之を省く。

解除は契約の效力を遡及的に全滅せしめる。従つて契約に因つて發生した債權債務は、未だ履行せられない債務は勿論既に履行せられた債務も發生の時に遡つて消滅する。此の點に關して、間接效果説又は折衷説を採る論者は、一旦辨済に依つて消滅した債務は更に解除に依つて之を遡及的に消滅せしめることを得ないと論じて、直接效果説否定の一論據と爲すのであるが、直接效果説に依れば、本來契約に基く債權債務は、後に契約が解除せられることに依つて遡及的に消滅すべき虞れを包含する點に於て、謂はば未確定の債權債務に過ぎないから、従つて辨済に依る之が消滅も亦絶對的のものではないのであつて、後に契約が解除せられた場合には、一應成立してゐた債權債務が遡及的に消滅し、その結果辨済によ



つて消滅すべき債務がなかつたものとなるのであつて、何等論理上の矛盾を包含しない。

解除に因つて契約の効力は遡及的に全滅するのを原則とする。之が例外として解除後も契約の効力の一部が尙存続する場合の存することに付ては、前述第一章の第三を参照せられたい。

上述の如く解除の効果として契約に基く債權債務は直接且遡及的に消滅するのであつて、此の點に於ては解除の効果は債權的に非ずして物權的であるといふことが出来る(註1)。然るに直接效果説を採る者にして、解除の効果は物權的に非ずして債權的であると論ずるものが多いのであるが、これ實は此の點に關する解除の物權的效力を否定するのではないのであつて、全然別個の問題即ち契約の解除は當然に原狀回復を生ずるや或は單に原狀回復の義務を生ずるに過ぎざるやの問題に關するのである。之に就ては後に詳説する。

(註1) 債權的效力 (obligatorische Wirkung)、物權的效力 (dingliche Wirkung) といふ語は通常は、債權的效力とは債權關係を發生せしめる效力を指し、又物權的效力とはそれ以外の效力即ち物權變動若しくは之に類似する權利變動及び債權關係の變更・消滅を生ぜしめる效力を指す意味に用ひられる。従つて此の場合解除の效力として、契約に基く債權債務を遡及的に消滅せしめないで、遡及的消滅を請求する債權關係を發生するに過ぎないならば、その效力は債權的效力であるが、反之、解除に依つて直接に契約に基く債權債務を遡及的に消滅せしめるのであるから、その效力は物權的であると云はねばならない。

## 第二 法定的效果

一 契約の解除は我民法上は前述の如く、契約の效力を遡及的に消滅せしめる單獨行爲なりと解すべく、従つて解除の法律行爲的效果解除の意思表示に付て存する效果意思に對應する法律效果として、契約の效力の遡及的消滅を生ずることは之亦既に述べた所である。

然るに契約の解除は元來之に依つて各當事者をして契約を締結しなかつたと同一の状態を回復せしめんが爲めに認められるものであるから、解除の法律行爲的效果として契約の效力を遡及的に消滅せしめた丈けでは、此の目的を完全に達し得ない場合が存する。故に之を補ふ爲めに何等かの方法を講ずることが必要である。勿論此の點に關して何等の規定なき場合に於ても、不當利得の制度に依つて我程度に於てその目的を達し得るであらう。併し乍ら單に不當利得の一般理論に依るのみでは不十分を免れないので、民法五四五條一項は解除の法定的效果として各當事者に夫々相手方を原狀に復せしめる義務を認めたのである。

二、然らば原狀回復義務とは何であるか。此の點に關しては學者の之を明らかにするものなく疑問を免れない。「原狀」と云ひ「回復」といふよりすれば、契約締結前の狀態の回復を意味するものと解すべきが如くであつて、論者或は此の見解に従ふが如き言辭を用ふるので

あるが（註<sup>1</sup>）、原狀回復義務の認められる目的より考へるときは、契約締結前の狀態の回復ではなくて、寧ろ契約を締結しなかつたならば現在契約解除の時あるであらう狀態の回復を意味するものと解するを正當とする。此のことは五四五條二項が原狀回復義務に依つて返還スヘキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要スる旨を規定するより考へるも明らかである。

三、次に問題となるのは原狀回復義務と不當利得返還義務との關係である。此の點に關して直接效果説を採る論者のうち或は原狀回復義務を以て尙不當利得返還義務に屬するものと爲し、五四五條一項が特に解除の場合に原狀回復義務の發生を認めるのは、唯七〇三條以下の不當利得の一般原則に依らしめなまいといふ意味を有するに過ぎないのであつて、毫も性質上不當利得返還義務と異なる特殊の債務を認めたものではないと論ずるものあり、或は又原狀回復義務は不當利得返還義務とは全く性質の異なる債務であると爲すものがあるが（註<sup>2</sup>）、後説を以て正當とする。蓋し、不當利得の制度は受益者の不當な利得を返還せしめるといふことを主眼とするのであつて、相手方を原狀に復せしめるといふことを目的とするものではないから、常に受益者たる返還義務者の利得若しくは財産狀態原則として現存利益を基準として返還義務の範圍を定めるのである。反之、解除に依る原狀回復義務

は契約に基いて給付を爲した者をして、契約が締結せられなかつたならば現在あるであらう状態に回復せしめることを目的とするのであつて、給付によつて相手方が利益を得たか否かは問ふ所ではないのである。斯くの如く不當利得返還義務と原状回復義務とは全然その目的を異にし、従つて當然その義務の範圍も異り、一は受益者たる返還義務者を基準とするに對して、他は給付者たる回復請求權者を基準とするのである。故に原状回復義務と不當利得返還義務殊に惡意の受益者の不當利得返還義務とは極めて類似するのであるが、兩者は全然性質の異なる債務であると謂はねばならない。而して前述の如く解除は契約が始めから締結されなかつたのと同じやうな状態を回復することを目的とするものであるから、此の場合には不當利得の一般理論に従つて受益者の利得を基準として返還義務を認める丈けでは、この目的を十分に達することを得ないのであつて、給付者を基準とする原状回復義務を認める方が一層適切である。之れ五四五條一項が解除の場合に各當事者の原状回復義務を規定した所以である。此の外不當利得返還義務と原状回復義務とは、一は不當利得を法律要件として發生するに對し、他は解除の效果として發生する點に於ても異なる。(註3)

尙當事者が本條所定の原状回復請求權と共に七〇三條以下の規定による不當利得返還

請求權をも併せ有することを得るや否やに關しては、本條の原狀回復請求權を以て不當利得返還請求權と解するときは勿論然らざる場合に於ても、之を消極的に解すべきである。そして假にこの場合請求權の競合を認めるとしても、七〇三條以下によつて返還を請求する場合に同時履行の抗辯權に關する五四六條の適用を免れることを得ない(註4)。

(註1) 特に末川博士二三七頁。大審明治三十七年二月一七日・民錄一〇輯一五三頁等。

(註2) 前説、大審大正六年十月二七日・民錄二三輯一八六七頁、大正八年九月一五日・民錄二五輯一六三三頁。鳩山博士前掲二三〇頁、末弘博士前掲二五七頁、石坂博士日本民法二三一一頁、岡松博士法學新報一九卷三卷八二頁。

後説、末川博士前掲二三七頁、横田博士債權各論一九三頁。

(註3) 原狀回復義務を以て不當利得返還義務とその性質同じと爲す論者の中、岡松博士前掲のみは原狀回復義務が此の點に於て不當利得返還義務と異なる債務なることを認められるが如くであつて、此の點正當である。その他の學者は之を明にしてゐない。尙大審大正六年一〇月四日・民錄二三輯一三九二頁は、「契約ノ解除ハ各相手方ヲシテ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フモノナレハ相手方ヨリ給付ヲ受ケタル金錢ハ之ヲ返還スヘク其返還義務ハ契約解除ノ效果トシテ生スルモノニシテ不當利得ニ基クモノニ非ス」と云つて、此の點を明らかにしてゐるが、此の判例は恐らく原狀回復義務と不當利得返還義務とが、その性質乃至は内容に於ても異なることまで認めてゐるものとは解し得ないであらう。

(註4) 反對大審昭和二年一二月二六日・新聞二八〇六號一六頁。

四、次に各個の場合に就て原狀回復義務の内容を明らかにしよう。

イ、未だ債務の履行なき場合

未だ何れの當事者よりも債務の履行なき場合には、通常は解除に依り契約に基く債權債務が遡及的に消滅することに依つて、當事者は當然に原狀を回復し、從つて原狀回復義務發生の餘地はない。唯此の場合に於ても例外的に次の諸點に就て問題を生ずる。

當事者は相手方が履行の提供に要した費用を償還する義務を負擔するか。此の費用も契約を締結しなかつたならば要しなかつた費用なるが故に、原狀回復義務として之が返還を要するが如くであるが、若しも之を認めるならば、履行の提供を爲した當事者は原狀を回復することを得るも、相手方は然らずして逆に履行の提供を爲した當事者に代つて損失を負ふに至るが故に、斯かる費用は原狀回復義務に依つて之を返還する必要なきものと解せざるを得ない。履行の準備に要した費用に就ても同様である。

次に債務の履行なきことに依つて生じた損害の内、消極的損害若くは失つた利益 (*lucrum cessans, entgangener Gewinn*) は、契約の締結されなかつた状態の回復を目的とする原狀回復請求權に依つて、之が償還を請求し得ないのは言ふ迄もないが、積極的損害は契約の締結せられなかつた状態に比して之丈け財産の減少を見たものなるが故に、一見原狀回復請求權に

依つて之が償還を請求し得るが如くである。だが之亦上述履行の提供に要した費用等に於けると同様の理由に因つて、原狀回復請求權の範圍外に屬するものと解しなければならぬ。唯此の内債務不履行に基く損害のみは、後述の如く解除後も債務不履行を理由としてその賠償を請求し得るも、之原狀回復請求權とは全然別個の問題である。要するに所謂原狀回復は給付せられてゐたもの、返還を爲さしめることによつて期せられる原狀回復である。

#### ロ、債務の履行として物權契約のなされた場合

(一)債權契約に基く債務の履行として物權契約物權の設定又は移轉の爲された場合に於て、債權契約が解除に依つて遡及的に效力を失つたときは、履行行爲たる物權契約も亦遡及的にその效力を喪失するや、或は然らずして物權契約のみは依然としてその效力を維持するや。之契約の解除は物權的效力を有するや、債權的效力を有するやの問題、若しくは契約の解除は原狀回復を生ずるや、原狀回復義務を生ずるに過ぎざるやの問題として議論せられる所であつて、此の問題は要するに債務の履行として爲された物權契約に就き、有因説を採るや無因説を採るやに依つて解決を異にするのである。

然らば債務の履行として爲された物權契約は有因なりや無因なりや。此の點に關して

我國の學説は有因無因の二大陣營に分れて兩々相拮抗してゐるのであるが(註<sup>1</sup>)、予は有因説を以て正當と信ずる。惟ふに無因論者の主張する所は、ドイツ民法に於けると同じく我民法上の物權契約も、之を全然その原因から抽象し、原因の如何とは全く無關係にその效力を決するを以て、取引の安全を保護する所以と爲すのであるが、ドイツ民法に於けると異り(註<sup>2</sup>)、我民法には物權契約を以て無因行爲と解すべき根據は全然之を發見することを得ない。且又ドイツ民法に於ける物權契約は意思表示以外に一定の公示方法を以てその成立要件と爲すに反して、我民法上の物權契約は單に意思表示のみを以て成立し、公示方法は唯第三者に對する對抗要件を爲すに過ぎない點に於て、兩者は全然その性質を異にしてゐる。若し我民法上の物權契約がドイツ民法のその如く一定の公示方法と結合し、常に同一方式を以て表はれるのであれば、斯かる物權契約を以て無因行爲と解するのは大いに理由があるが、我民法の如く公示方法を以て單なる對抗要件と爲すに過ぎない場合に於ては、特に明文なき限り物權契約のみに就て無因説を採ることは到底之を承認し得ないのであつて、當事者の通常の意思に従ひ有因行爲と解すべきである(註<sup>3</sup>)(註<sup>4</sup>)。

以上の如く我民法に於ける物權契約は有因を原則とする。故に債權契約の解除に依つて債務が遡及的に消滅せる場合には、當事者間に別段の定めなき限り、之が履行として爲さ



れた物權契約も亦、原因の消滅に因つて遡及的に無効となる。

(註I)

有因説、横田博士一九七頁以下、牧野英一博士法學志林一六卷五號七九頁以下、近藤氏物權法論一〇頁、神戸博士契約解除論一四六頁以下。

鳩山博士二三一頁は大審大正一〇年五月一七日・民錄二七輯九二九頁、八年五月一三日・民錄二五輯七七〇頁、八年四月七日・民錄二五輯五五八頁、六年六月一六日・民錄二三輯一一四七頁、明治四一年七月八日・民錄一四輯八五九頁等を以て有因説を探るものと解せられ、近藤氏物權法論一〇頁亦大正六年・八年の判例を有因説に據るものとせられるも、之等の判例は既に述べた如く、凡べて原因と結合せる物權契約(判例の所謂直ちに物權變動を生ぜしめる債權契約)そのものが解除せられた場合に關するものであつて、有因説に數へるのは當らない。却て大審院は大正一三年七月二三日・新聞二二九七號一五頁に於て、「消費貸借ニ於テ授受サレタル目的物ノ所有權力移轉スルハ即物權契約ノ效果ニシテ消費貸借ハ單ニ此ノ授受ヲ前提トシテ成立スルニ過キサレハ消費貸借力何等カノ理由ニヨリ假令無効タルモ一旦爲サレタル目的物授受ノ行爲即所有權移轉ノ合意ノ效力ニハ影響ノ及ホスモノニ非ス」と謂つて無因説を採つてゐる。

無因説、石坂博士研究二卷四〇〇頁以下、末川博士一三九頁以下、石田博士物權法論五八頁、鳩山博士日本民法總論〇〇〇頁。

尙末弘博士物權法上九四頁以下は無因説を排斥せられ、又我妻氏物權法(民法講義Ⅱ)六二頁以下及び柚木氏六二頁以下は我民法上有因・無因の問題を生じないと解せられ乍ら、三氏共に債權行爲とその履行たる物權行爲とが別個の行爲を以て爲されたときは、別個に爲された行爲の效力は別個獨立に判定すべきに依り、當事者が特に債權行爲の有効なこと又は債權の存在を條件としない限り、物權變動の效力は之と關係なく獨立に發生すると說かれる(末弘博士前掲九七頁以下、我妻氏六三頁、柚木氏六三頁以下)。併し乍ら假令別個の行爲を以

て爲された場合に於ても、債務の履行として爲されたのである限り、債務が始めから存せず又は後に存せざるに至つても、尙物權行為そのものは有效たらしめんとする意思是、當事者には通常は存在し得ないから、此の場合に於ては寧ろ物權契約は通常は三氏の所謂「反對の意思表示」又は「條件」が存するのではなからうか。而して此の故にこそ吾人は我民法の解釋として物權契約有因説を以て正當と爲すのであつて、之が即ちドイツ民法に於ける有因・無因の問題の我民法に對する適用の結果なのである（一個の行為より債權的效果と物權的效果とを同時に發生せしめた場合に有因・無因の問題を生じないことは云ふまでもない）。要するに三氏の所説が無因説と異なる所は、無因説は取引の安全を企圖するより出づるに反して、三氏の説は別個の行為の效力は各個獨立に判斷すべしとするの理論に基くといふ點のみであつて、結果に於ては相對的無因説と全く同一である。ドイツ民法九二五條二項「條件附又ハ期限附ニテ爲シタル所有權移轉ノ意思表示ハ無効トス」 (§ 925, II, Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam) 及其他ドイツ民法に於ける物權契約無因説の形式上及び實質上の根據に就ては、神戸博士一四二頁以下參照、蓋し出捐の原因たる債務が始めより存在せず又は後に存せざるに至つても、尙その履行たる物權契約（出捐）のみは之を有效たらしめんとする意思是、通常存在し得ないからである。

故に例外的に當事者が斯かる意思を有する場合に於ては、物權契約は原因たる債務とは全く切離された無因行為となる（相對的有因説）。同説近藤氏總則二九三頁。

我國に於て無因説を主張する學者は概れ相對的無因説（物權行為は無因を原則とするが當事者の意思表示を以て有因たらしめ得るとする説を採つてゐる。石坂博士研究三三九頁、末川博士二四二頁、石田博士物權五八頁、鳩山博士二三二頁。乍併此の説は全く無意味である。蓋し一定の行為は無因とするのは、其の行為の一般第三者間に於ける信用を確保せんが爲めである。然るに原則として無因のものが、當事者の意思で密かに有因たらしめることが出來るとすれば、どうして取引の安全を維持出來やう。故に無因説を採る以上は絕對的無因説でな

(註2)

(註3)

(註4)

ればならない。相對的無因説は無因説の自滅である(同説末弘博士物權九六頁)。然るにも拘はらず無因論者の殆んどが斯かる奇怪なる説に陥るのは、無因説の根據薄弱なる結果、之を徹底し得ないに基くのである。

(ii)然らば此の場合當事者の負擔する原狀回復義務の内容如何。場合を分つて説明しよう。

A 履行として物權契約は爲されたが、未だ之に基く登記若しくは引渡なき場合  
此の場合に於ては債權契約の消滅に伴ひ物權契約も消滅に歸するに依つて、設定せられた權利は消滅し、移轉せられた權利は讓渡人に復歸し、從つて當事者は當然に原狀を回復すること、宛も履行として何等の行爲の爲されなかつた場合と同様であるから、此の場合には特に原狀回復義務の發生する餘地を存しない。

唯此の場合に於ても物權契約に依つて移轉せられた權利の目的物が滅失又は毀損せるときは、債權契約の解除に依つて物權契約無効となるも、讓渡人は移轉したる權利を全部滅失の場合若しくは一部(毀損の場合)回復し得ないから、その範圍に於て讓受人に原狀回復義務が發生する。

B、物權契約が爲されると共に、之に基いて登記若しくは引渡の爲された場合  
此の場合は更に次の二つの場合に分つて考察することを要する。

(a) 先づ物權契約に因つて設定若しくは移轉せられた權利が解除當時尙そのまゝ讓受當事者に屬する場合に於ては、債權契約の解除に基き物權契約も無効に歸するに依つて設定せられた權利は消滅し、移轉せられた權利は讓受人に復歸する。故に此の場合讓受人の負擔する原狀回復義務は、登記の抹消目的物の占有の返還及び果實の返還に過ぎない。而して登記の抹消及び目的物の占有の返還に關しては、舊讓渡人に付き原狀回復請求權と物權的請求權とが競合する。

尙引渡された物が代替物なる場合に於ては、回復義務者は必らずしも原物を返還することを要しない。原物に代ふるに之と同種、同等、同量の物の返還を以て足るものと解すべきである(註1)。

又目的物が金錢の場合に於ては、金錢の性質上物權契約の無効に依つて、その所有權がそのまゝ讓渡人に復歸するものと解することを得ない。故に同額の金錢(所有權)の返還を要することとなる。そして金錢受領の時よりの利息を附することを必要とする(五四四條二項)。

(b) 次に物權契約に因つて設定若しくは移轉せられた權利が更に第三者に讓渡せられ、又はその目的物が滅失毀損せる場合の結果如何。

目的物が滅失せる場合には、債權契約の解除に依つて物權契約無効となるも、舊讓渡人は權利を回復し得ない。従つて回復義務者は目的物が不代替物の場合には解除當時に於けるその物の價格(註<sup>2</sup>)を、目的物が代替物なる場合には、原物と同種同量の物又はその解除當時の價格を返還するを要する(註<sup>3</sup>)。尤も契約の當初から特に目的物の具體的な個性を重要視して特定してゐる場合には、不代替物と同様に取扱はるべきである(註<sup>4</sup>)。

目的物が毀損せる場合に於ては、債權契約の解除に基き物權契約無効となるに依つて、舊讓渡人は毀損せる物に就ての權利を回復するに過ぎない。故に舊讓渡人は毀損せる物の占有の返還を請求し得ると共に、減少價格の償還を求め得る。尙回復義務者は目的物が代替物なるときは、原物と同種同量の物又はその價格の返還に依つても、その義務を免れ得るものと解すべきである。而して回復義務者が此の方法に依つて回復義務を履行した場合には、一旦舊讓渡人に復歸した毀損物の所有權は結局義務者の有に歸することゝなる。それでは目的物が舊讓受人の責に歸すべからざる事由に依つて滅失毀損せる場合にも、尙舊受人は上述の如くその價格を返還することを要するや。

先づ此のうち、舊讓渡人の責に歸すべき滅失毀損の場合には、自ら原狀回復を不能ならしめた舊讓渡人は價格の返還を請求し得ないこと明らかであるから、此の場合は別に問題は

ない。

次に目的物が當事者何れの責にも歸すべからざる事由に依つて滅失毀損した場合に付ては議論が分れてゐるが、原狀回復義務の本質及び解除なかりせば舊讓受人の負擔すべき損害は解除後も之に負擔せしめるを適當とする點よりして、此の場合に於ても價格返還の義務を免れ得ないと考へる(註5)。

尙滅失毀損が第三者の不法行爲に基く場合に於ては、解除に依つて舊讓渡人が物權者たりし地位を回復すると共に、一旦舊讓受人に屬してゐた第三者に對する損害賠償請求權は、遡及的に舊讓渡人に歸屬することゝなる。従つて舊讓渡人は舊讓受人に對する價格返還請求權(原狀回復請求權)と第三者に對する賠償請求權とを併せ有することゝなり。所謂不真正連帶債務の關係を發生する。而して舊讓受人が回復義務を履行した場合には四二二條の類推適用に依つて、第三者に對する賠償請求權に就き舊讓渡人に代位する。

以上は凡て解除前に目的物が滅失毀損せる場合であつて、解除後毀滅した場合には履行不能に關する一般原則に依つて解決すべきである。

(註1) 大體同說近藤氏債權法各論六八、大審明治三七年二月一七日・民錄一〇輯一五三頁。

(註2) 鳩山氏二三五頁は目的物の給付せられた當時の價格に依られるも、讓渡人をして物の返還を受けたと同一の地

位を回復せしめる爲めには、解除當時に於ける價格の返還を要すべく、之に依つて譲渡人は初めて原狀を回復し得るのではなからうか。同説末川博士二四二頁、末弘博士債權各論二五九頁。

(註3) 代替物の場合の特別の取扱に論及する學者少く、又之に論及する學者も單に原物と同種・同等の物を返還すべしと云ふに過ぎない。末川博士前掲、末弘博士前掲。併し乍らこの外に更に價格返還の方法をも認めるを以て實際に適合するものと考えへる。

(註4) 同説末川博士前掲。

(註5) 結果同説、鳩山博士二三五頁以下、末弘博士債權各論二六〇頁以下、末川博士二四三頁。末弘博士は理由の一として、反對説を採る時は双務契約の場合、舊讓受人は自ら原狀回復義務を免れるに拘らず、自己の爲した反對給付の返還を請求し得るから、其の結果頗る不公平であると論ぜられてゐる。だが此の點より云へば、舊譲渡人は價格の返還に依つて原狀を回復するに拘らず、舊讓受人は返還價格丈け損失を蒙るといふ吾人の説の結果の方が却つて不公平ではなからうか。故に予は此の「不公平」を理由づける爲めに解除なかりせば舊讓受人の負擔すべき損害は解除後も之に負擔せしめるを適當とすることを理由の一に加へたのである。

反對、近藤氏債各六八頁、神戸博士二四九頁以下特に二五四頁。近藤氏は、「解除權行使前の不可抗力による損失は義務者の負擔に歸し、解除權行使後の不可抗力による損失は相手方の負擔に歸すべき實質上の理由を知るに苦しむ」と論ぜられてゐるが、解除前の不可抗力による損失は上述の理由に依つて義務者の負擔に歸し、解除後の不可抗力は債權の一般原則に依るが故に、解除即ち債權發生の前後に於て取扱を異にするも毫も怪しむに足りない。尙敦教授は解除後の不可抗力による損失が相手方の負擔に歸すべき理由を五三四條に求められるもの、如くであるが、一方的原狀回復の場合ばさておき（此の場合ば債務者の責に歸すべからざる不能に因つて債權消滅に歸するに止まること明らかである）、双方が原狀回復又は損害賠償の債權を負擔する場合に於て

も、五四六條は五三三條の準用を規定するに止まり、且、實質上より云ふも各當事者の負擔するこれらの債務は必ずしも對價的關係を有するものではないから、双務契約に於ける危險負擔に關する五三四條以下の規定を此の場合に類推適用するを得ない。又假に五三四條以下を類推適用するとしても、物權契約有因説を採るときは、解除に依つて物權は當然に舊讓受人に復歸し、原狀回復義務の内容は唯占有の返還に過ぎないから、特定物に關する物權の設定移轉の場合たる五三四條に依るべきや頗る疑問である。

次に給付の物體たる權利に付き第三者が權利を取得せる場合如何。五四五條一項は「當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」と規定してゐる。此の但書の解釋は、債權契約に基く債務の履行として爲された物權契約その他の處分行爲に付き、無因説を採ると有因説に據るとに依つて、全く相反するものとなる。

無因説を採るときは、債權契約の解除あるも履行行爲たる處分行爲は依然として有効に存續し、唯讓受當事者は受けた給付を返還して、相手方を原狀に復せしめる債務を負擔するに過ぎない。故に給付の物體たる物又は權利を更に讓受け、若しくはその上に權利の設定を受けた第三者は、解除後も權利を保持することを得、解除に依つて毫も影響を受けない。従つて五四五條は此の當然のことを規定してゐる丈けであるから、無用の冗文乃至は疑を避ける意味を有するに過ぎない(註1)。



反之、吾人の如く有因説に據るときは、債權契約の解除に依つて、その履行たる處分行爲も亦遡及的に效力を失ふから、解除前に讓受當事者から、給付の物體たる物又は權利に付き權利を取得した第三者は、解除に依つて自己の前主たる讓受當事者が遡及的に無權利者となる結果、自己も亦遡及的に權利を失ふことゝなり、權利を害せられる虞がある。本條但書は實に斯かる第三者を保護せんが爲めに設けられた規定なのであつて、決して無用の冗文でも、又當然の事柄を明らかにする規定でもないのである(註<sup>2</sup>)。

それでは本條但書に所謂、第三者ノ權利の意義如何。之に就ては二つの見解が對立してゐる。一は當事者及び包括承繼人を除く凡べての者の權利を包含すと爲すに反し(註<sup>3</sup>)、他は、第三者ノ權利を狹義に解して、當事者及び包括承繼人以外の者の權利のうち、更に解除の對象たる契約自體によつて生じた債權やその上に存する債權質の如きは除外せられることを主張してゐる(註<sup>4</sup>)。予は後説を以て正當と信するも、その理由は大體他の論者の説く所と同様であるから之を略する。

今債權契約の履行として物權契約の爲された場合に於て本條但書適用の結果如何。

給付の物體たる物又は權利を讓受け若しくはその上に物權の設定を受けた第三者が、登記引渡その他の對抗要件を具備せる場合に於ては本條但書の適用に依つて、斯かる第三者

の權利を保護すべきことを俟たない。故に債權契約の解除に依つて物權契約亦遡及的に消滅するも、舊讓渡人は物權を回復することを得ず若しくは制限物權の附着せる物權を回復するに過ぎないから、相手方に對して解除當時に於ける價格の返還を請求し得る。而して舊讓受人が第三取得者との合意に依つて、その間に爲された物權契約を遡及的に消滅せしめ盡し本條但書は第三者保護の規定であるから第三取得者は解除の效力の自己に及ぶことを否認しても肯定してもよい。又は再賣買に依つて物權を回復したときは、物權は當然舊讓渡人に復歸するから、舊讓受人は價格返還義務を免れる。

それでは上述の如き第三取得者が未だ對抗要件を具備してゐない場合に於ても、尙本條但書の保護を受けるものと解すべきか。斯かる第三取得者の權利は解除前に於ては、舊讓受人には對抗し得るも、舊讓渡人には對抗し得なかつたといふ變態的な權利であるから疑を存するも、對抗要件を具備しない物權は債權と同視して可なる故給付せられた物又は權利に付き、その讓受け若しくはその上に物權の設定を受けることを目的とする單なる債權を取得せるに過ぎない場合と同じく、本條但書の保護を受け得ないものと解すべきである（註5）。而して解除に依つて遡及的に權利を失つた第三者と舊讓受人との關係は結局五六一條に依つて解決せられることゝなる。

(註1) 鳩山博士二三八頁、石坂博士日本民法下二二二頁。

(註2) 神戸博士二一四頁以下。

(註3) 梅博士法學志林一二卷三號一頁以下、神戸博士二一七頁以下。

(註4) 近藤氏債各七〇頁、鳩山博士二三八頁以下、石坂博士二三二四頁以下、末川博士二四五頁以下、横田博士二〇

二頁、大審明治四二年五月一四日・民錄一五輯四九〇頁、大正七年九月二五日・民錄二四輯一八一頁。

尙昭和三年二月二八日、民集七卷一〇七頁は判決理由に於て、契約上の債權を第三者に譲渡した當事者は、相手方の債務不履行の場合に契約を解除することを得るも、その解除權を行使するには譲受人の同意を要すると爲してゐる。しかし之は解除が契約上の債權を譲受けた第三者の權利を害し得ないことを認めたものではないのであつて（蓋讓渡人債務不履行の場合には、相手方は單獨で契約を解除し得ることは同判例も認める通りであつて、その結果第三者の債權は害せられるからである）、唯讓渡當事者の解除權の行使を制限するに過ぎない。

(註5) 神戸博士二三三頁以下は、對抗要件を具備しない物權は勿論、單なる債權も本條但書に所謂「第三者ノ權利」に該當すと論ぜられてゐる。

#### ハ、債權の履行として準物權行為の爲された場合

債權の履行として債權讓渡契約その他の準物權行為の爲された場合に於ても、上述履行として物權契約の爲された場合と全く異なる所はない。

#### ニ、債務の履行として勞務又は物の使用が提供せられた場合

此の場合に於ては給付の性質上原物返還は初めから不可能であるから給付の當時に於

ける客觀的價格の返還を要する(註1)。

(註1) 同說鳩山博士二三三頁、末弘博士二六二頁、末川博士二四四頁。

五以上詳論したやうに、解除は法律行爲的效果として債權關係の遡及的消滅を、又法定的效果として原狀回復請求權を生ぜしめる。それでは解除の效果は此の二に盡きるのであらうか。學者或は解除の效果は之のみに止まらず、更に損害賠償請求權を發生せしめる效力を有すると解してゐる。又解除の效果として損害賠償請求權を發生せしめないとしても、損害賠償に關聯して何等の效果をも發生しないかどうかが問題となる。之等の點に關して次に章を改めて考察しやう。

### 第三章 解除の效果と損害賠償

#### 第一 解除後の損害賠償請求權の性質

一、五四五條三項は「解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」と規定してゐる。之に依れば解除と損害賠償の請求とは兩立し得るのであつて、選擇的にその何れか一方のみが許されるのではないことは明らかである。しかし、その所謂損害賠償が如何なる原因に基く損害賠償を意味するかは必らずしも明白ではないから、解釋上從來議論が岐れてゐる。

抑、契約の當事者が、契約を解除したに拘はらず、尙損害の賠償を請求することを得るや否やに付ては諸國の立法例が分れてゐる。或は債權者は債務不履行に基く損害賠償の請求と契約の解除との何れか一方を選ぶべきものとし(ドイツ民法三二五三二六條(註1)、或は之に反して、債務不履行に因つて解除を爲す場合には、不履行に基く損害賠償をも尙之を請求し得るものとし(フランス民法一一八四條(註2)、オーストリア民法九二一條)或は又債權者は解除と共に契約の消滅に因つて生じた損害、即ち所謂消極的契約利益の賠償を請求し得るものとしてゐる(スイス債務法一〇九條二項(註3))。

(註1) BGB § 325, Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. .... ドイツ民法三二五條、「双務契約ニ基キ當事者ノ一方ノ負擔セル給付カ其者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ相手方ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除スルコトヲ得.....」

§ 326, Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; ..... 三二六條、「双務契約當事者ノ一方カ其負擔スル給付ニ付キ遅

滞ニ在ルトキハ相手方ハ給付ヲ爲スヘキ一定ノ期間ヲ定メ其期間ノ滿了後ハ給付ノ受領ヲ拒絶スヘキ旨ヲ表示スルコトヲ得此期間ノ滿了後ハ適當ノ時期ニ於テ給付ナキトキハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除スルコトヲ得………」

(註3) C. c. Art. 1184, La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

(註4) Sch. O. G. Art. 109, Wer vom Vertrage zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern.

Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des us dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

二、それでは我民法は此の點に關し如何なる主義を採用してゐるか。即ち五四五條三項に所謂損害賠償の意義如何。通説及び判例はフランス民法の立場に従つて、此の損害賠償を以て債務不履行に基く損害の賠償であると爲してゐる(註1)。之に反して石坂博士は、債

務不履行に因る損害賠償請求權は解除に依つて遡及的に消滅すべきものであるといふ理由に因つて、此の損害賠償は契約解除に依つて受けた損害の賠償、即ち債權者が契約の效力存続し完全に債務の履行あることを期待したが爲めに受けた損害賠償を謂ふものとせられてゐる(日本民法下二三二六頁以下特に二三三二頁以下、債權法大綱三六七頁、法律新聞一三三號・一一三四號・一一三七號)。更に又勝本博士は、以上の兩説を斥けて、五四五條三項を以て、同條一項に云ふ所の原狀回復義務履行の方法又はその補充として損害賠償の方法によるも可なることを定めたものに過ぎないといふ新説を提起せられてゐる(債權法總論概説六二頁以下)。予は通説に従ひ、五四五條三項は特別の損害賠償請求權を認めたるものに非ずして、債務不履行に因る損害賠償請求權は契約解除の爲めにその存在を失ふことなき旨を規定したに止まるものと解する。其の理由は次の如くである。

(註1)

梅博士要義三卷四五頁、横田博士二六四頁、岡松博士内外論叢五卷四號一四九頁以下、竹田博士京法三卷二號一〇三頁、鳩山博士二四〇頁以下、末弘博士二六六頁以下、末川博士二四九頁以下、神戸博士三五七頁以下。大審大正八年四月一四日・民錄二五輯六八〇頁、昭和二年五月一日・新聞二七二號一一頁、昭和七年五月二七日(履行不能の場合)、明治三四年三月三〇日・民錄七輯三卷九三頁、大正四年六月二日・民錄二一輯九三二頁、大正五年六月二日・新聞一一五五號三四頁、大正七年一月三〇日・民錄二四輯三卷一二四頁、大正七年四月二日・民錄二四輯六一九頁、昭和二年五月一日・新聞二七二號一一頁、昭和八年二月二四日・

民集一二卷二五一頁（履行遲滞の場合）、其の他明治四〇年六月二五日民錄一三輯七〇九頁。

特ニ昭和六年四月二八日・新聞三二六九號一五頁、「民法第五百四十五條第三項ハ解除權ノ行使ニ依リ新ニ損害賠償請求權ヲ發生セシムル趣旨ニ非スシテ解除權ノ行使ハ既ニ存在スル損害賠償請求權ノ行使ヲ妨ケサル趣旨ナルコト文理上明白ナルノミナラス契約カ解除權ノ行使ニ依リ解除セラレタル一事ニ依リ常ニ損害賠償請求權ヲ發生セシムヘキ理由アリト爲スヲ得サルカ故ニ同法條ハ民法第四百十五條ニ依リ既ニ發生シタル損害賠償請求權ハ縱令契約カ解除セラルルモ債權者保護ノ爲之ヲ消滅セシメサル趣旨ノ規定ナリト解スルヲ相當トス。

例外、明治四四年一〇月一〇日・民錄一七輯五六三頁ハ「契約ノ效力ヲ消滅セシメルモノナルヲ以テ一旦解除シタルトキハ解除以前ノ期間ハ當事者間ニ契約關係存續セシモノト看做スヲ得ス」、又明治四五年二月二一日・民錄一八輯一三五頁ハ「買賣契約ノ解除ハ賣買ノ效力ヲ消滅セシメルモノナルヲ以テ縱令買主ニ於テ一旦遲滞ノ責ニ任シタリシニセヨ其後賣買契約ノ解除アリタルトキハ遲滞ノ責ニ因ル損害賠償ヲ爲スノ義務ナキモノトス」といつて、何れも解除後に於ける遲延利息の請求を排斥してゐる（此の二判決は同一事件に關するものである）。昭和八年六月一日・民集一二卷一四四六頁（之に就ては後述參照）。

1、文字解釋から云へば「解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」といふ文言は、解除權の行使と共に解除に基く損害賠償の請求をも認めるといふ意味にも解し得られないではない。しかし解除權の行使は解除に基く損害賠償の請求を妨けないどころか、却つて解除權の行使に依つて、初めて解除に基く損害が発生するのであるから「妨ケス」といふ字句は斯



かる内容を言ひ表はす字句としては適切ではない。「妨ケス」といふ字句の通常の用語例からすれば、本條三項は新なる賠償請求權を認めたものと解するよりも、寧ろ他の原因に因つて既に成立してゐる損害賠償請求權が、契約が解除せられたに拘らず尙存續することを認めたものと解するのが妥當である。

■ 解除によつて契約上の債權關係は遡及的に消滅するから、その不履行の效果たる損害賠償請求權も亦消滅せざるを得ないといふことは反對説の最も有力な論旨である。而して通説に左袒する學者の中にすら、純理論上は反對説の此の論旨に従はざるを得ざるが如き口吻をもらすものもあるも、之我民法上の解除とドイツ民法に於けるが如き解除との間に、その目的に於て大なる差異あることを看過せるに基く謬論である。

我民法に於ける解除とドイツ民法に於ける解除とは、共に契約の效力を遡及的に消滅せしめる點に於てその本質を同じうするが、兩者はその目的に關して著しい差異を有する（尙此處に述べる所は専ら法定解除に關してゐることを斷はつて置かねばならない）。ドイツ民法が債權者に對して債務不履行を理由とする解除權を認めてゐるのは、斯かる債權者をして、契約を解除せず自己の負擔する反對給付の債務はそのまゝにして置いて、相手方に對して損害賠償を請求するか、それとも契約を解除して契約上の拘束から離脱するか、の何れ

か一方を選択せしめることによつて、之を救済しやうとしてゐるのである。しかしてその保護方法の一たる解除は、之に依つて契約の效力を遡及的に消滅せしめ、その結果債權者をして損害賠償請求權を失はしめると共に、その負擔せる反對給付の債務より免れしめるに過ぎないのであつて、債權者がこの手段に出でたときは、債權者は最早何等の損害賠償を請求することを得ない。このことはドイツ民法が三二五條三二六條に於て債權者が債務不履行に因る損害賠償の請求と契約の解除との何れか一方を選択し得る旨を規定し、且之以外に此の場合の損害賠償に關して何等の規定を設けざるによつて明らかである。

諸國立法例の認める解除の制度は、何れもドイツ民法に於けると同じく、履行強制の原則 (Prinzip des Erfüllungszwanges) がもたらす實際上の不便を除去する手段として、相手方の責に歸すべき事由によつて、契約上の債權の満足を受け得ない債權者を保護する爲めに認められるものである。即ち契約上の債務——従つてまたその不履行による損害賠償債務——の履行を強制し得るといふだけでは、債權者を保護するに十分でないから、更に契約を解除して、契約上の拘束から離脱し得る機會を與へることによつて、その保護の完全を期してゐるのである。然るに諸國立法例が契約上の債權者を保護する手段の一として契約の解除を認めるに當つて、之によつて債權者に對して具體的に如何なる保護を與へるか、即ち解除

の具體的目的乃至は内容如何の點に關しては、各國必らずしも一致してゐない。ドイツ民法の認める解除は、前述の如く契約の效力を遡及的に消滅せしめ、その結果當事者間に原狀回復の關係を生ぜしめるに止まり損害賠償請求權の如きは全く之を認めない。

之に反してスイス債務法は既述の如く、債權者は契約解除と共に契約の消滅に因つて生じた損害即ち所謂消極的契約利益の賠償を請求し得るものとしてゐる。

それでは我民法の認める解除はどうか。五四五條三項は「解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」と定めてゐる。之によれば我民法はドイツ民法に於けるが如く全く損害賠償請求權を伴はない解除と債權不履行に基く損害賠償請求との選擇を認めるものには非ずして、解除と損害賠償との兩立を許すものなることは明らかである。それではその謂ふ所の「損害賠償」は如何なる原因に基く損害賠償であらうか。

抑、契約の解除は當事者の地位に如何なる變動を生ぜしめるものであるか。解除前に於ては當事者間に債權關係が成立し、そして債務不履行の相手方に對して當事者は損害賠償請求權を有してゐた。然るに契約の解除によつて當事者は從來の債權關係から離脱し原狀回復の債權關係に立つことゝなつた。所が原狀回復請求權は既述の如く、債務が履行せられてゐた場合に給付せられてゐたものゝ返還を爲さしめることを内容とする原狀回復

であつて、契約の解除前に相手方の債權不履行によつて當事者の一方が被つてゐた損害の除去といふやうなことはその中に含まれてゐない。それでは斯ういふ損害は解除後は如何に取扱はれるか。五四五條三項は實にこの問題を解決する規定なのである。即ち本條三項に所謂「損害賠償」は債務不履行に基く損害賠償を意味するのである。

斯様に吾人は本條三項によつて、契約の解除と兩立することを許される損害賠償請求權は、債務不履行に基く損害賠償請求權を除いて外にないと解するのである。しかしてこのことは決して反對説の非難するが如き理論上の矛盾を有するものではない。何故なれば契約解除の効力は契約に基く債權關係を全面的に消滅せしめるものと爲す必要は毫も存しないのであつて、損害賠償請求權の存續を認める範圍内に於ては、債權の効力が依然として存續するものと爲すも敢て妨げない(註<sup>1</sup>)。

上述の如く我民法上債務不履行に基く損害賠償請求權は契約の解除後もその存續を許される。それでは解除後に於ける、債務不履行に基く損害賠償請求權の内容如何。解除前に於ては債務不履行を理由として賠償を請求し得る損害には積極的損害と消極的損害との二つがあつた。では解除後に於ても此の二者共にその賠償を請求し得るであらうか。積極的損害の賠償請求が許されるべきことは言を俟たない。何故なれば積極的損害は

契約の締結なかりし場合に於ける債権者の財産状態に比してそれだけ財産の減少をもたらしたのであるから、債権者をして解除によつて契約の締結なかりし状態を回復せしめる爲めには、その賠償請求を認めるべきは當然だからである。

では次に消極的損害の賠償請求も亦之を許すべきか。若し我民法に於ける契約の解除を以て、當事者をして契約なかりし原状を回復せしめることをその目的の全部と爲すものと解するときは消極的損害の賠償請求は之を認めるに由ない。蓋し消極的損害(失つた利益)は契約の有効に成立したことを前提とし、契約上の債務の履行があつたならば獲得すべき利益を、債務不履行によつて失つたに基く損害であつて、契約の締結なかりし原状に比して債権者の財産の減少をもたらすものではないから、解除を以て當事者をして契約なかりし原状を回復せしめることを目的とするものと解する限り、その賠償の請求を許す理由を發見し得ないが故である(註<sup>2</sup>)。

然るに予は之と異り、我民法に於ける解除は單に當事者をして契約なかりし原状を回復せしめることを以て足れりとせず、更に進んで契約上の債務が履行せられてゐたならば獲得すべき利益をも之に與へ、以て當事者が解除によつて解除前よりも不利な地位に立つやうなことをないことを期するものと解するが故に、消極的損害の賠償請求も之を認めて何

等差支ない。斯くの如く我民法は相手方の債務不履行によつて損害を蒙つた債權者に對して損害賠償を請求すると契約を解除するとの何れか一方の選擇を認めると共に債權者が後の方法を選んで契約を解除した場合に於ても尙債務不履行に基く全損害の賠償を請求し得るものとして前の手段に出でたに比して不利益を受けるが如きことなからしめ、以て債權者の保護の完璧を圖つてゐるのである。五四五條三項に所謂損害賠償を以て新なる損害賠償を認めるものに非ずして債務不履行に基く損害賠償をいふものと解すべきときは債務不履行に基く損害賠償は積極的損害と消極的損害との兩者を含むが故に、我民法に於ける解除は正に斯かる目的を有するものと爲さねばならない。

(註1) 同説、鳩山博士二四一頁等。

(註2) 反對末川博士二五〇頁以下。博士は解除を以て契約締結前の狀態の回復を目的とするものと解せられ乍ら、消極的損害も積極的損害と共に之が賠償を請求し得るものと論ぜられてゐる。

ハ、解除と共に債務不履行による損害賠償請求を許すならば、履行遲滞の場合には不當な結果を生じないが履行不能の場合には双務契約上の債權者は、自己の反對給付債務を免れながら、しかも履行に代はるべき全部の損害賠償を請求することを得て不當利得を爲すであらうといふのは反對論者の非難する所である。だが債權者が解除によつて受ける利益は當然損害額から控除せらるべきであるから、斯ういふ不當な結果を生ずることはない。

そして利益を控除する理由は、或は債權者の負擔する反對給付債務も亦その有する債務不履行に基く損害賠償請求權の存續を認める範圍内では解除後も尙存續するといふ點に求めてもよいし、或は又損益相殺の理論によつてもよい(註1)。

(註1) 債務不履行あれば解除權發生し、解除權を行使すれば必ず自己の債務を免れるのであるから、之による利益は責任原因たる債務不履行と相當因果關係を有する利益と解することを得る。鳩山博士二四三頁以下。尙末川博士二五三頁以下參照。

二、此の外反對論者の主張に對して反駁すべき點は多々あるが、之等に付ては大體既に學者の論及してゐる所であるから此處には之を省略する(註1)(註2)。

(註1) 末弘博士二六七頁以下參照。

(註2) 解除による損害賠償といふも、不履行による損害賠償といふも、その範圍については學者の説く所が一致してゐるから、實際上は何れの說に従ふとも殆ど差異を見ない。唯從來契約上の債務に附いてゐた擔保が損害賠償請求權をも擔保するか否か等に付て多少の差異を生ずるに過ぎない。そして之等の點に於ても通說の結果の方が優つてゐる。尙勝本博士の新說は實際上以上の二說と如何に異なるかは明瞭でない。

## 第二 解除前の損害賠償請求權と解除後の損害賠償請求權との關係

上述のやうに五四五條三項が認める所の解除權行使後存在する損害賠償請求權は解除前から存續する債務不履行に基く損害賠償請求權であつて、解除の効果として新たに發生

したものではない。それでは契約の解除は損害賠償に關聯して何等の效果をも發生せしめないであらうか。

先づ履行不能に基く損害賠償請求權に付て考察するに、履行不能の場合には債權者は契約を解除することなしに、直ちに履行に代はるべき全損害の賠償即ち所謂填補賠償を請求し得るものであり、之が解除後に於てもそのまゝ存続するのであるから、履行不能に基く損害賠償に關しては、解除は何等の效果も及ぼさないと云はねばならない。尤も双務契約の場合に解除によつて債權者が自己の負擔する反對給付債務を免れたときは、前に述べたやうに債權者が之によつて受けた利益は損害賠償額から控除せねばならないが、之は解除の直接の效果であるといふことは出来ない。

昭和二年五月一九日・新聞二七二號一一頁のみは、「契約上ノ債務カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能トナリタル場合ニ於テ債權者カ履行ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求スルニハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ要ス」と云つてゐるが、後述履行遲滞に關する多くの判例が履行遲延の爲めに給付不能を生ずる場合に於ては、契約を解除せずして履行に代はるべき全損害の賠償請求を許してゐること、併せ考へるときは、判例の趣旨が大體に於て、履行不能の場合には契約を解除しないで直ちに履行に代はる損害賠償の請求を認めるに存するものと解することが出来る。

次に履行遲滞の場合には、債權者は契約を解除することなしに、直ちに履行に代はるべき



全損害の賠償請求権を取得するや否やに關して議論が岐れてゐる。

或は債權者は本來の履行を拒絶して直ちに填補賠償を請求し得るものとし(註<sup>1</sup>)、或は債權者は原則として契約を解除せずして直ちに填補賠償を請求する權利を有しないとしてゐる(註<sup>2</sup>)。判例は後説に従つてゐるが、予も亦之を以て正當と信ずる。蓋し四一五條は、債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シと規定してゐるから、履行遲滞の場合にも履行不能の場合同様何等の制限なく、直ちに填補賠償を請求し得るが如くであるが、此の解釋は實際生活に適しない。故に原則として債權者は此の權利を有しないものと解せねばならない。

斯様に履行遲滞の場合に債權者は契約の解除によつて初めて填補賠償を請求し得るものと解するときは、履行遲滞の場合には解除は填補賠償請求權發生の要件たる効果を有することゝなる。而してこの効果は解除の法律の規定に基く效果即ち法定的效果であるといふことが出来る。

(註<sup>1</sup>) 岡松博士民法理由債權六五頁、中島博士民法釋義卷之三・三五一頁、遊佐博士民法原理五〇二頁、三瀦博士債權法提要上冊一二七頁(法律行爲の性質又は當事者の意思表示によつてこの權利なきものと認むべき場合及び

履行の拒絶が權利の濫用となる場合を除外せられてゐる）、鳩山博士日本債權法總論一三九頁以下、民法研究三卷五〇頁（契約の性質又は當事者の意思表示により此の權利なきものと認むべき場合及び此の權利を行使することが信義の原則に反する場合を除外とせられてゐる）。

(註2)  
石坂博士日本民法四九九頁以下（絕對的定期行爲の場合のみを例外とせられてゐる）、横田博士債權總論一四四頁以下（履行期が債務關係の要素を爲す場合、性質上強制履行を許さない場合、履行が利益とならない場合及び判決に基き履行しない場合を除外せらる）、近藤柚木兩氏註釋日本民法債權編總則一六四頁以下（履行が債權者の利益とならない場合を除かる）。

大審大正四年六月一二日・民錄二二輯九三二頁、「債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其給付ト共ニ履行遲延ノ爲メニ蒙リタル損害ノ賠償ヲ請求スル權利ヲ有スルモ債務者ノ遲滯後ニ於ケル給付カ債權者ノ利益ト爲ラサル場合又ハ債務者ノ遲滯ノ爲メニ給付不能ヲ生スル場合換言スレハ履行期カ債務ノ性質若クハ特約等ニ依リ債務關係ノ要素ヲ爲セル如キ特別ノ事由ノ存スルニアラサレハ直チニ履行ニ代ルヘキ全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス從テ債務カ契約ニ依リ發生シタル場合ニ於テハ債權者ハ民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スヘク之カ手續ヲ爲サシテ債務者ノ遲滯ヲ理由トシテ填補賠償ヲ請求スルコトヲ得ス」。大正五年六月一二日・新聞一一五五號三四頁、大正七年四月二日・民錄二四輯六一九頁、昭和二年五月一九日・新聞二七二一號一一頁。

例外、古く明治三四年三月三〇日、民錄七輯三卷九三頁は、「債務不履行ニ依リテ損害ヲ生シタルトキハ如何ナル場合ヲ問ハス債權者ハ之ニ對シテ其不履行ニ代ハルヘキ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ法律上ノ原則ナリ」、又「債務不履行ノ爲メ損害ヲ被リタルトキ債權者ハ契約ヲ解除セスシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得」と云つて、履行遲滯の場合に契約を解除しないで、履行に代はる損害賠償を請求し得べきものとしてゐる。

る。尙大正七年一月三〇日・民錄二四輯三卷一二四頁は、「徒弟甲カ契約不履行ノ場合ニ修業中ノ飯料ヲ乙ヨリ丙ニ辨償スヘキ約旨ニ基キ其豫定ノ損害賠償ヲ請求スルトキハ履行ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求スルモノニ非サレハ丙ハ契約ヲ解除セサルモ乙ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス」と云つてゐる。中島博士批判・論叢三一巻九三二頁は之を以て、或は大審院は其の説を變更したのではないかと考へらるゝと説かれてゐるが、大審院はこゝに所謂豫定の損害賠償を以て履行に代るべき損害賠償額の豫定ではなしに遲滞賠償の豫定と解してゐるものと察せられる。

尙昭和八年六月一三日・民集一二巻一四三七頁は從來の判例と全く趣を異にしてゐる。即ち契約の解除を固有の解除と然らざる解除との二に分ち、固有の解除とは原狀回復を目的とする解除であつて、此の場合には債權者は消極的契約利益（信賴利益）の賠償請求權を有するに過ぎない。之に反して今一つの解除は履行に代はる填補賠償請求權發生の前提たる意思表示であつて、履行遲滞の場合には債權者は直ちに填補賠償を請求することを得ないから、之を爲さんが爲めには契約を解除せねばならない。此の填補賠償請求の前提たる意思表示が解除の場合であると爲すのである。だが解除に斯かる二種があるといふのは全く根據なき獨斷であり、特にその何れであるかは、「専ラ繋リテ表意者の胸裡ニ存ス」と説くが如きは、到底是認することを得ない。そしてこの判例は大審院從來の判例は凡て此の思想に基くものであると論じてゐるが之亦牽強附會の辯に過ぎないのであつて、從來の判例の眞意を冒瀆するものである。

—（一九三五・一・一六）—